



Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

# ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

*Rafael Illescas Ortiz*



Sánchez-Calero Guilarte, Juan. La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 894-917. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21008>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# LA REFORMA DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y DE SU RESPONSABILIDAD

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE\*

## Resumen

La Ley 31/2014 ha pretendido una revisión de los principales aspectos del gobierno corporativo. Ese propósito se ha traducido en una profunda revisión de la delimitación normativa de los deberes inherentes al cargo de administrador en una sociedad de capital.

## Contenido

1. La incidencia de la Ley 31/2014 sobre los deberes legales de los administradores. – 1.1. Introducción. – 1.2. La expansión de las soluciones legislativas. – 2. La tipificación de los deberes legales inherentes al cargo de administrador. – 2.1. Enunciación de los cambios. – 2.2. La relación entre los deberes típicos. – 3. El deber de diligencia. – 3.1. El contenido esencial de la regulación del deber de diligencia. – 3.2. Un apunte sobre la evolución legislativa. – 3.3. Un deber general. – 3.4. La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas. – 3.5. La diligencia y la información. – 4. El Deber de Lealtad. – 4.1. El contenido fundamental del deber de lealtad. – 4.2. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. – 4.2.1. El ejercicio leal de las facultades recibidas. – 4.2.2. El deber de guardar secreto. – 4.2.3. El deber de abstención en la adopción de decisiones o acuerdos en situaciones de conflicto de interés. – 4.2.4. La independencia de criterio. – 4.2.5. Las situaciones de conflicto de interés. – 4.2.5.1. Evitar conflictos como obligación básica. – 4.2.5.2. El contenido objetivo del deber de abstención en relación con situaciones conflictivas. – 4.2.5.3. Las personas afectadas por el deber de abstención. – 4.2.5.4. El deber de información sobre situaciones de conflicto. – 4.2.5.5. Imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad. – 4.2.5.5.1. El procedimiento de autorización. – 4.2.5.5.2. El órgano competente. – 4.2.5.5.3. La dispensa de la prohibición de no competir. – 4.2.5.5.4. El cese del administrador beneficiado por una dispensa. – 4.2.6. Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte. – 5. Conclusión.

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

## 1. LA INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014 SOBRE LOS DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES

### 1.1. Introducción

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha modificado de manera notable las normas aplicables a los administradores en las sociedades de capital. Esto resultaba previsible desde los primeros pasos del proceso de reforma que ha desembocado en la citada norma que en su rúbrica ya señala el propósito de modificar la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo. Al analizar los cambios es obligado echar la vista atrás hacia, en primer lugar, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013<sup>1</sup> por el que se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y, en segundo término, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas que dicha Comisión presentó el 14 de octubre de 2013<sup>2</sup>. Cualquier trabajo dedicado al gobierno corporativo sitúa el régimen aplicable al órgano de administración en el centro de su atención y es lo que sucedió en el presente caso, como acredita el contenido de las modificaciones dedicadas a los administradores dentro de la repetida Ley 31/2014 y que explica en sus aspectos fundamentales su preámbulo<sup>3</sup>. Las páginas siguientes se consagran a las modificaciones que han afectado a dos aspectos básicos del régimen de los administradores como son la determinación de los deberes inherentes al cargo y el régimen de responsabilidad.

Analizar los cambios introducidos por la Ley 31/2014 invita también a revisar la evolución que en los dos asuntos señalados refleja nuestro ordenamiento. El gobierno corporativo se ha situado en el centro del escenario mercantil desde hace decenios. Han sido varios y notorios los trabajos desarrollados a finales del siglo pasado y al inicio del actual que traducidos en informes (Olivencia, Aldama, Conthe) se han concretado en “códigos” y en disposiciones legales que han motivado un considerable caudal bibliográfico con respecto a la gestión de las grandes sociedades de capital. Al mismo tiempo, la evolución de nuestra legislación mercantil ha convertido al régimen de responsabilidad de los administradores en una materia en permanente evolución, objeto de una también muy cualificada atención doctrinal y, sobre todo, de una especialmente decisiva configuración por parte de nuestra jurisprudencia. Ha de recordarse que la responsabilidad de los administradores no ha sido sólo uno de los puntos esenciales en la evolución de nuestro Derecho societario, sino también en la de nuestra legislación concursal, caracterizada en estos últimos años por reiterados y también profundos cambios en los que la configuración de esa responsabilidad de los administradores no podía pasar desapercibida para nuestras leyes societarias.

---

<sup>1</sup> Publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

<sup>2</sup> Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, Madrid 14 de octubre de 2013, 95 páginas (citado en adelante como “Estudio” o “Estudio Comisión de Expertos”; el documento está disponible en [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es))

<sup>3</sup> V. especialmente los apartados V y VI del preámbulo de la Ley 31/2014.

## 1.2. La expansión de las soluciones legislativas

Nada tiene de extraño esa intensa y variada atención sobre esta materia. Al fin y al cabo, lo que debe de establecer el ordenamiento desde una perspectiva general son los fundamentos o principios a los que debe acogerse la gestión empresarial. Es sabido que la utilización de personas jurídicas como titulares de esa actividad es la norma y, por lo tanto, que quien aparece como administrador de una sociedad de capital se convierte de inmediato en un sujeto cuyo comportamiento se proyecta sobre intereses diversos cuya tutela inspira su disciplina legal. Se observa que el ordenamiento tiende a un mayor rigor al fijar los criterios a los que debe acomodarse la gestión de cualquier sociedad mercantil. No es extraño por ello que proliferen las advertencias sobre los riesgos inherentes al ejercicio de ese cargo<sup>4</sup>.

El gobierno corporativo ha sido hasta ahora un movimiento característico únicamente de las sociedades cotizadas. La Ley 31/2014 supone un cambio radical en ese enfoque al decidir que los objetivos que animaban ese movimiento debían extenderse a todas las sociedades de capital, lo que sin duda planteaba como una de las primeras cuestiones a resolver el papel que debían jugar las normas legales en sentido estricto y aquellas otras que podían seguir incorporándose a recomendaciones y códigos típicos destinados a las sociedades presentes en los mercados de valores<sup>5</sup>.

La respuesta dada a esa cuestión inicial y fundamental es clara: la ley gana terreno en la determinación del régimen legal de los deberes de los administradores y en el de su responsabilidad. Baste un mínimo apunte comparativo entre la literalidad de las disposiciones que dentro de la LSC se han encargado de determinar los deberes de los administradores. La LSA de 1990 presentaba una simple delimitación de los deberes exigibles a los administradores, reproduciendo la inicial formulación contenida en la LSA de 1951: el desempeño del cargo debía realizarse “*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”. En el caso de las sociedades anónimas, esa formulación varió con la reforma introducida en el año 2003 por medio de la Ley de transparencia, que afectaba sobre todo al deber de lealtad<sup>6</sup>. La Ley 31/2014 abunda en esa misma dirección puesto que introduce nuevas disposiciones legales tendentes a una “*tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad*”, que significa que es mayor el ámbito en el que la ley despliega su poder. Lo hace en una doble dirección: son más las normas que se encargan de decirnos de forma expresa y minuciosa cuáles son esos deberes legales y cuál es su contenido y también son muchas más –nada menos que todas las sociedades de capital– el ámbito en el que esas disposiciones resultan aplicables. De esta manera podría concluirse que asistimos a una expansión del movimiento a favor de un mejor gobierno societario que debe permitir, como proclamaba el Acuerdo del Consejo de Ministros, modernizar nuestro Derecho de sociedades a través de un sistema de gobierno más eficaz y competitivo.

---

<sup>4</sup> v. ALFARO, J., “El riesgo de ser administrador y el Derecho de Sociedades”, disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/12/el-riesgo-de-ser-administrador-y-el.html>

<sup>5</sup> Esta cuestión aparecía como decisión inicial en el propio *Estudio*, cit., pp. 10-11.

<sup>6</sup> Mediante la incorporación de los artículos 127 bis a 127 quater LSA.



## **2. LA TIPIFICACIÓN DE LOS DEBERES LEGALES INHERENTES AL CARGO DE ADMINISTRADOR**

### **2.1. Enunciación de los cambios**

Como señala expresamente su preámbulo, la tipificación más precisa de los deberes de los administradores ha sido uno de los contenidos esenciales de la reforma operada en la LSC por la reiterada Ley 31/2014. La reforma ha significado la reformulación de cada uno de esos deberes clásicos y obligatorios para todo administrador (diligencia, lealtad y secreto) y el establecimiento con respecto al deber de lealtad de soluciones especiales en cuanto a la imperatividad de su régimen legal y con respecto a la acción social basada en su infracción. Soluciones particulares cuya delimitación tiene un efecto inmediato sobre los demás deberes, respecto de los que cabe plantear soluciones distintas a las vigentes para el de lealtad.

### **2.2. La relación entre los deberes típicos**

La enunciación separada de los deberes legales o su regulación a través de disposiciones específicas no debe llevar a ignorar algo elemental: estamos ante deberes inherentes al buen desempeño del cargo de administrador, de manera que la observancia de todos ellos es imprescindible. Observancia que muchas veces afecta de manera simultánea a varios de esos deberes. Así, es evidente que la diligencia y la lealtad ofrecen múltiples hipótesis de relación, pues es difícil imaginar que sin una actividad adecuada en la participación e información dentro del órgano de administración pueda un administrador identificar cuál es el interés de la sociedad en cada momento y cómo se asegura su adecuada defensa. Al igual que nos podemos encontrar con que diligencia y lealtad encuentran en el cumplimiento del deber de secreto una garantía elemental.

Esa observación puede verse completada por muchas otras hipótesis relativas que ilustran que el catálogo de deberes legales no es una enunciación de deberes autónomos o sometidos a una graduación desde el punto de vista de su exigibilidad, cumplimiento o infracción. Cabe renunciar a esa exposición de situaciones, porque lo que importa es subrayar lo ya apuntado, esto es, que la complejidad y heterogeneidad de prestaciones que implica una buena administración empresarial reclama ese criterio de comportamiento simultáneo y relativo de todos los deberes legales. La responsabilidad del administrador nace del incumplimiento de cualquiera de *“los deberes inherentes al desempeño del cargo”* (art. 236.1 LSC). La mejor manera de cumplir cada uno de ellos es conociendo el contenido del hacer y no hacer que son su esencia, que a su vez se proyecta sobre los deberes colindantes.

### 3. EL DEBER DE DILIGENCIA

#### 3.1. El contenido esencial de la regulación del deber de diligencia

La reforma del deber de diligencia se ha proyectado en una doble dirección. El artículo 225 se ha visto ampliado en el contenido de lo que ha pasado a llamarse el “*deber general de diligencia*”. El artículo 226 acoge un cambio de especial importancia al incorporar a nuestro ordenamiento la regla denominada del buen criterio empresarial que es una traducción de la conocida doctrina jurisprudencial estadounidense a favor de la primacía de la *business judgement rule*.

#### 3.2. Un apunte sobre la evolución legislativa

Con esta evolución se advierte que al igual que ha ocurrido con los otros deberes de todo administrador, el legislador ha optado por ir determinando lo que podría definirse como el contenido típico de cada uno de esos deberes. Evolución que se advierte a simple vista por el hecho de que el deber de diligencia ha pasado de una definición tan clásica como imprecisa en la LSA de 1951 y luego en la LSA de 1990, que se limitaban a reclamar el desempeño del cargo “*con la diligencia de un ordenado empresario*”. En el año 2002 el artículo 127 LSA incorporó una primera precisión de la diligencia esperable consistente en que cada administrador “*deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad*”. Esa exigencia de la diligencia como forma de informarse se mantiene, pero a ello se suman otros criterios legales que permiten entender que la diligencia también obliga a ponderar aspectos tales como, entre otros, las funciones concretas que cada administrador tiene atribuidas o la dedicación que cabe esperar.

En esa evolución se advierten dos impulsos. El primero y más intenso es el que resulta de la experiencia empresarial y de su plasmación en la muy abundante jurisprudencia que se ha ocupado de cuestiones de responsabilidad de los administradores y con ello, de la determinación del contenido de cada uno de los deberes cuyo cumplimiento o inobservancia constituyen un presupuesto a considerar. El segundo y más reciente tiene que ver con el movimiento del buen gobierno, en particular si tomamos en cuenta que el deber de diligencia que diseña el artículo 225 LSC incorpora criterios de valoración característicos de la gestión de medianas y grandes sociedades. Es lo que sucede con las referencias a las distintas funciones correspondientes a cada administrador y a la dedicación adecuada. Son criterios que afloran con reiteración cuando se habla de la diferencia entre administradores ejecutivos y los que no lo son o cuando se denuncia que administradores que tienen asignada una función principalmente de supervisión de los ejecutivos tienen que dedicar a esa tarea un tiempo suficiente y, además, desplegar un comportamiento activo.

En todo caso, el desarrollo legislativo favorece la aplicación de la norma puesto que, en primer lugar, delimita en interés de administradores y accionistas lo que constituye el contenido exigible y esperable del cargo de administrador. En segundo término la labor jurisdiccional se ve favorecida por la determinación normativa de un deber legal que, sin perjuicio de mantener esa definición genérica que remite al

ordenado empresario, precisa aspectos de su función que permiten una más sencilla valoración de lo que constituye, en términos jurídicos, una administración diligente.

### **3.3. Un deber general**

La reforma del deber de diligencia comienza por la ya reseñada incorporación a la rúbrica del artículo 225 LSC del adjetivo que convierte a ese deber en general. Cuando se titula la delimitación de su contenido con “*deber general de diligencia*” sustituyendo el anterior “*deber de diligente administración*” cabe plantear si esa calificación tiene una inspiración subjetiva que apunta a que estamos ante un deber común a todos los administradores o que se refiere al propio deber. Lo que haría el artículo 225 sería limitarse a enunciar el contenido básico, sin entrar en reglas específicas o concretas destinadas a regular el comportamiento que todo administrador debe desplegar de conformidad con ese deber. Probablemente pueda defenderse que cualquiera de las interpretaciones indicadas es correcta. Todos los administradores deben de actuar con diligencia y todo deber de diligencia pasa por respetar los criterios señalados en el repetido precepto legal.

Sin perjuicio de ello, cabe defender que lo que anima esa referencia a un deber general opera en un sentido más amplio todavía al ya advertido. Como estamos ante un deber aplicable a cualquier administrador y en cualquier tipo de sociedad de capital, se concluye de inmediato que la ley acierta al proponer una delimitación genérica de este deber. Diligencia es sinónimo de orden, de prudencia, de oportunidad y de otro tipo de criterios de actuación que deben respetarse en un inacabable catálogo de decisiones que a los administradores les corresponde adoptar en el marco de sus competencias. Serán escasas y de relevancia patrimonial en algunos casos, mientras que en otros el administrador diligente lo es en función de la adopción cotidiana de decisiones que afectan a la sociedad. No puede de ninguna forma pretenderse una definición legal de la diligencia que ignore la imprescindible flexibilidad de ese deber vigente en pequeñas y grandes sociedades. Antes que recurrir a la enunciación de un hacer o un no hacer acordes con la diligencia (siguiendo el modelo de regulación que se adopta para el deber de lealtad) lo que ha hecho con acierto el artículo 225 LSC es incluir una serie de criterios de modulación que permiten determinar en cada caso concreto el contenido del deber de diligencia.

### **3.4. La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas**

Uno de los reproches que con mayor frecuencia se han venido haciendo al sistema legal de responsabilidad de los administradores señalaba la ausencia de toda distinción basada en las variables posiciones que dentro del órgano de administración de una misma sociedad mercantil se podían establecer. Sólo al regular las hipótesis exoneratorias de responsabilidad aceptaba la ley el examen de la conducta y responsabilidad de cada administrador atendiendo a las circunstancias particulares. Su participación en la decisión, su ignorancia de ésta o la reacción a la misma podían servir para que quien

aparecía como responsable solidario pudiera, asumiendo la correspondiente carga de la prueba, acreditar su desempeño individual en relación con el acto ilícito y lesivo que operaba como presupuesto de responsabilidad.

Hacía falta, sin embargo, que esa valoración individual de la posición de los administradores fuera acogida por la ley con carácter general y tomando en cuenta situaciones que estando previstas por la norma y siendo objeto de una habitual aplicación práctica, implicaban que la participación en la gestión social de cada uno de los componentes de un mismo órgano de administración resultaba ser muy distinta. El ejemplo más claro lo ofrecía la existencia de técnicas de organización empresarial que hacían uso de la delegación de facultades (art. 249 LSC) de manera que surgían de inmediato dos tipos de administradores. Los administradores o consejeros delegados y los que no se beneficiaban de esa designación. La terminología empresarial y luego legal dio paso a la distinción entre consejeros ejecutivos y los que no lo son, que era una manera sintética de expresar que mientras unos administradores se ocupan de manera regular y constante del día a día del negocio, otros participan en la gestión sólo de manera ocasional, en el marco formal de la convocatoria de los órganos colegiados y viéndose cada vez más alejados de la condición de gestores para convertirse en supervisores. Lo que viene a sentar el artículo 225.1 LSC es que en esa habitual distribución de cargos dentro del órgano de administración, no puede esperarse idéntica diligencia del presidente ejecutivo o del consejero delegado que del consejero común. No puede aplicarse un baremo similar en lo que es el desempeño diligente del cargo porque lo que distingue principalmente a los llamados consejeros ejecutivos es una completa y puntual información de la marcha de la sociedad y una especial capacidad para impulsar la actividad de ésta.

Otro de los elementos de consideración necesaria son las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. Criterio que como el de la naturaleza del cargo correspondiente a cada administrador, resulta especialmente válido en relación con sociedades medianas y grandes en donde es regla no ya voluntaria, sino imperativa en la mayoría de los aspectos, la que impone una distribución de funciones en el órgano de administración, como forma para mejorar el funcionamiento de éste. Así como a los llamados consejeros ejecutivos se les atribuyen prácticamente todas las facultades que corresponden al consejo de administración, salvo las que son indelegables, a los demás consejeros se les suele ubicar dentro de comisiones que tienen atribuida una concreta competencia ya sea por la propia LSC o por los estatutos y reglamentos de la propia sociedad. No es que a esos consejeros se les den funciones individuales, sino que su adscripción dentro del consejo les obliga a participar ocasionalmente en aspectos de la gestión, a la vez que deben actuar de manera permanente en la supervisión de los consejeros ejecutivos.

El artículo 225.2 LSC incorpora una nueva expresión de la diligencia al reclamar de los administradores dos circunstancias. Una primera indica que los administradores deberán tener la dedicación adecuada. Dedicación que es un comportamiento que se despliega con posterioridad al nombramiento pero que es manifiesto que también afecta a la propia selección de un administrador. La diligencia significa actuar con cuidado y con prontitud al ejecutar un cargo o función. Decimos de alguien que es diligente



porque entre otras cualidades consideramos que es cuidadoso y activo. En suma administrar una sociedad no es un simple ser administrador sino asumir que el desempeño del cargo reclama un determinado hacer. Es un comportamiento absurdo, por ilógico, que acepte ser nombrado consejero quien tras tomar posesión se ausenta de manera sistemática de las reuniones del consejo alegando otras ocupaciones o deberes. Es también un comportamiento reñido con el deber de diligencia.

La dedicación nos dice el artículo 225.2 LSC que deberá ser la adecuada, lo que nos devuelve a las distintas clases de administradores y a la variedad de cargos que coinciden en un mismo órgano de administración, como circunstancias que llevan a variar el criterio sobre cuál es esa dedicación. Es obvio que la definición de la diligencia está aquí tomando en cuenta las mismas circunstancias que inspirarán otros muchos aspectos del régimen de los administradores como son su selección y nombramiento, su retribución o su responsabilidad.

Por otro lado, la dedicación como presupuesto de un desempeño diligente del cargo también nos devuelve a una condición subjetiva del administrador. Es diligente quien está en condiciones de hacer frente a la gestión de la sociedad en función de la actividad definida en su objeto social. Habrá sociedades cuya administración reclamará una concreta preparación de los administradores a la hora de poder entender y resolver los problemas que plantea su actividad. Una preparación que puede contemplar tanto la cualificación técnica como la experiencia profesional del administrador. De nada sirve la presencia en el consejo y en todas y cada una de las reuniones a las que sea convocado de un administrador que carece de la capacidad técnica para entender la complejidad de las decisiones sobre las que debe pronunciarse. Una dedicación adecuada sólo la pueden ofrecer quienes están personalmente cualificados para desempeñar el cargo en esa concreta sociedad. Esta idea aparece establecida con toda nitidez en determinadas legislaciones sectoriales, en donde a la condición de administrador se vincula su idoneidad para el desempeño del cargo. El ejemplo más cercano es el de la legislación de los mercados financieros.

La segunda concreción del deber general de diligencia que acoge el artículo 225.2 LSC conduce de nuevo a los criterios habituales del sistema de buen gobierno. A los administradores se les considerará diligentes no sólo por su desempeño individual, sino también por cómo organizan la gestión de la sociedad. Cuando en dicha disposición se apunta a la adopción de medidas para la buena dirección y el control de la sociedad, se está reflejando la concepción del órgano de administración como parte de la estructura de dirección de una sociedad. En esa estructura, determinados consejeros ocupan el nivel superior de lo que suele describirse como la “línea ejecutiva”, la dirección o el *management* de una empresa, en el que participan otros directivos extraños a la administración. Pues bien, en relación con ellos la Ley reclama como expresión de diligencia que se precisen unas líneas (“*políticas*”) que orienten y delimiten esa dirección, siendo los administradores los responsables de determinarlas. Responsabilidad que se ve completada o continuada por una función de control. La supervisión a veces se proyecta sobre otros administradores, pero lo que quiere decir el artículo 225.2 LSC es que también ha de alcanzar al conjunto de directivos de la sociedad. A los administradores se les pide que sean diligentes en esa función de control

o supervisión que, no se olvide, enlaza con la atribución a ellos de esa responsabilidad general y solidaria que describe el artículo 236 LSC.

### **3.5. La diligencia y la información**

Ya quedó dicho que desde la reforma del deber de diligencia introducida en el año 2003 por la llamada Ley de Transparencia se destacó de forma clara que el deber de diligencia debía interpretarse como un deber individual de información. Todo administrador venía obligado a informarse diligentemente de la marcha de la sociedad, proclamación que impedía la frecuente alegación de ignorancia como factor que exoneraba de responsabilidad. Todo administrador tiene que desempeñar de manera activa su cargo, lo que se traduce en imponerle un deber de conocer cuanto pueda afectar al desempeño de sus funciones. El artículo 225.3 LSC se ha encargado de reiterar ese deber pero destacando su simultánea conversión en un derecho que el administrador tiene frente a la sociedad. Aquél tiene un deber que es un derecho y que una vez ejercitado traslada a la sociedad el correspondiente deber de informar. Habrá administradores que por su posición en la administración disponen en la práctica de un completo conocimiento de cuantos asuntos les corresponde decidir. Por contra, otros administradores no podrán adoptar ninguna de las decisiones que se les proponen sin recibir información de otros administradores o de personas integradas en la dirección de la sociedad o, incluso, teniendo que recurrir a asesoramiento externo.

El deber de información es objeto también de una enunciación general. Su concreción va a depender de la determinación en cada momento de cuál es la información adecuada y necesaria para el cumplimiento por el administrador de sus funciones en relación con un acuerdo o cualquier otro acto en el que deba de participar. Es manifiesto que cuando a los administradores les corresponde, por ejemplo, formular las cuentas anuales o aprobar el informe anual de gobierno corporativo se les plantee una necesidad informativa de mucho mayor alcance que cuando, por ejemplo, les toca aprobar o ratificar la celebración de un contrato.

El deber de diligente información incorpora un derecho individual del administrador y éste está objetivamente limitado. Recabar información es un comportamiento correcto y leal siempre que guarde relación con el cumplimiento por el administrador de sus obligaciones. Carece de esa cobertura y puede incluso convertirse en un ejercicio desleal el derecho de información que un administrador realiza sin poder conectarlo con sus propias obligaciones. Estamos por tanto ante un derecho que se aleja del deber de diligencia cuando se utiliza con finalidades ajenas a la ordenada participación del administrador en la buena marcha de la sociedad.

## **4. EL DEBER DE LEALTAD**

También en la reforma introducida por la Ley 31/2014, la regulación del deber de lealtad ha merecido especial atención. Son varios los artículos por medio de los que la LSC enuncia el contenido básico de ese deber y delimita su contenido a través de

disposiciones de naturaleza heterogénea. Porque el deber de lealtad se produce en normas que podríamos describir como preventivas y en otras de carácter prohibitivo o sancionador. Incorporando una de las soluciones características del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, la disciplina del deber de lealtad está plagada de deberes informativos a cargo del administrador, como el presupuesto que debe facilitar una más fácil evaluación del cumplimiento de dicho deber.

#### **4.1. El contenido fundamental del deber de lealtad**

Nuestro Derecho de sociedades moderno ha venido enunciando el deber de lealtad como aquél consistente en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal. Esa noción tradicional se reitera en el artículo 227.1 LSC, pero con un mayor desarrollo puesto que se exige que la actuación del administrador se haga conforme al criterio de la lealtad propia de un fiel representante. Aparece aquí la relación establecida entre los términos lealtad y fidelidad que dada su sinonimia no aporta especial claridad. A ello se añade la exigencia de que la actuación del administrador suponga que éste obra de buena fe, lo que puede también parecer redundante desde un punto de vista general dado que parece que en toda actuación leal debe producirse una conducta activa o pasiva fundada en dicho principio. Cabe una interpretación específica de esta exigencia que nos devuelve a la ya apuntada relación entre los distintos deberes de todo administrador societario, puesto que en una actuación de buena fe no sólo se advierte un comportamiento leal, sino también diligente. Termina el artículo 227.1 con esa definición del deber de lealtad por medio de la referencia del mismo al interés social.

La mención al interés social no ha comportado una delimitación normativa de en qué consiste dicho interés. De entre los varios intereses que impulsan y se ven afectados por la actividad de una sociedad de capital, la LSC persiste en no atribuir una preferencia a uno de ellos que determinaría con mayor claridad el cumplimiento por los administradores de sus deberes o la legalidad y validez de un acuerdo adoptado por cualquier de los órganos sociales (art. 204.1 LSC). Habrá que seguir recurriendo a la jurisprudencia para determinar lo que es el interés social: el interés común a los accionistas. El artículo 227.1 LSC ha renunciado, con acierto, a reiterar la tautología que mantenía la LSC al decir que el interés social debía ser entendido como el interés de la sociedad.

Con independencia de la indeterminación de ese interés de la sociedad que resulta un elemento nuclear en el desempeño leal del cargo de administrador, destaca su significado jerárquico y principal. Atender a la defensa de ese interés de la sociedad es la función esencial que debe respetar todo administrador. Al subrayar que el cargo debe desempeñarse en el mejor interés de la sociedad se está además subrayando un elemento de calidad no vale cualquier atención hacia ese interés sino la que de acuerdo con las particulares circunstancias de cada acuerdo o decisión reclama ese ejercicio leal como vía para la más efectiva tutela del mismo. Estamos, por lo tanto, ante una primacía absoluta para todo administrador. Debe atender al interés social e ignorar cualquier otro. No hay lealtad en una actuación destinada a una correcta satisfacción del interés de la sociedad motivada por la voluntad de la simultánea consideración de otros intereses. Lo

que el administrador debe elegir es la actuación que conlleva la mejor defensa del interés de la sociedad, aunque ello pueda resultar perjudicial o insatisfactorio para otros intereses.

#### **4.2. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad**

Tras la que hemos calificado como definición general del deber de lealtad, el nuevo artículo 228 LSC sustituye la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio por la enunciación de una serie de expresiones particulares del deber de lealtad. Conforme a este precepto, un comportamiento leal obliga a todo administrador a dos tipos de conducta. Unas positivas consistentes en un hacer de acuerdo con las propias previsiones normativas o con criterios de lo que cabría considerar una actuación correcta y otras conductas negativas o abstencionistas, que en esta materia tienen tanta importancia como las primeras.

##### **4.2.1. El ejercicio leal de las facultades recibidas**

La lealtad implica que el administrador no ejerce sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos. Esta enunciación general admite su proyección sobre hipótesis variadas. En primer lugar, la que se refiere al administrador individual o solidario que en virtud del cargo ya tiene reconocidas las facultades inherentes al cargo. En segundo término, el ejercicio de facultades recibidas en función de su delegación por parte del consejo (art. 249 LSC).

En cualquiera de esos casos, el administrador que tiene reconocidas las facultades que afectan a la sociedad y a su patrimonio deberá limitar su ejercicio a los fines que animaron esa concesión. Este mandato guarda especial relación con los criterios de organización de la administración y significa, entre otras muchas proyecciones, que el reconocimiento de una facultad que debe desarrollarse en el marco de una parte o sector de actividad de la sociedad impide su ejercicio fuera de lo que podría enunciarse como la competencia del administrador. Así, quien tenga reconocida la facultad de contratar en un área de negocio no actúa lealmente si ejerce esa facultad en ámbitos ajenos a su responsabilidad objetiva.

##### **4.2.2. El deber de guardar secreto**

Confirmando la idea ya expuesta sobre la relación existente entre los distintos deberes legales exigidos a los administradores, el artículo 228 LSC ha incorporado la formulación del deber de secreto como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. El artículo 228, b) LSC reproduce la formulación esencial que del deber de secreto realizaba el artículo 232 LSC que se ha visto modificado en su contenido.

El administrador leal es aquél que de cuantas informaciones haya conocido en el desempeño del cargo viene obligado a guardar secreto. Probablemente con el ánimo de dejar claro que estamos ante un deber de amplio contenido, el citado precepto proclama el cumplimiento de ese deber sobre informaciones, datos, informes o antecedentes que

hayan sido objeto de conocimiento como consecuencia del ejercicio del cargo. Se trata con ello de evitar maniobras exculpatorias o defensivas por parte de administradores desleales que intentarán negar el incumplimiento de su deber legal cuando, por ejemplo, no guardaron secreto sobre hechos que conocieron fuera de las reuniones del consejo o como elementos accesorios de lo que fue la decisión o acuerdo en el que participaron.

El deber de lealtad que se traduce en un deber de confidencialidad debe entenderse en el más amplio sentido posible. Los administradores deben presumir que cualquier información conocida durante el ejercicio de su cargo y que afecte a la sociedad debe ser objeto de un comportamiento que será leal por ser discreto. Esa deberá ser su regla general de actuación, de manera que no debieran compartir esa información salvo cuando ello viniera justificado por la propia evolución del asunto o por resultar una obligación legal. Esta última excepción aparece expresamente recogida al final del artículo 228, b) LSC, al igual que lo hace la posibilidad de que la posibilidad de compartir la información esté expresamente permitida por la ley. En ambos supuestos, los términos de la ley que autoriza o reclama que el administrador comparta o facilite esa información tendrán que ser inequívocos.

Termina la concreción de esta obligación básica derivada del deber de lealtad con otra de las reglas conocidas como es la de exigir que la confidencialidad sea respetada por el administrador incluso cuando haya cesado en el cargo.

#### 4.2.3. El deber de abstención en la adopción de decisiones o acuerdos en situaciones de conflicto de interés

Como otra de las obligaciones básicas que derivan del deber de lealtad, el artículo 228. c) LSC establece el deber del administrador de participar en acuerdos o decisiones en los que exista un conflicto de intereses entre el propio administrador y el interés social. La formulación de este deber mejora la precedente contenida en el artículo 229.1 LSC derogado. La vigente expresión de este deber ha ganado precisión porque, además de la reiteración de que la abstención procede en situaciones de conflicto directo o indirecto, se añaden otros criterios que aportan certidumbre a su exigibilidad. El administrador debe abstenerse no ya simplemente en la votación del acuerdo sino en su propia deliberación, lo que apunta la corrección de la conducta a desplegar consistente en abandonar la sesión del órgano de administración tan pronto como éste pase a tratar el acuerdo conflictivo. En segundo lugar, la abstención se debe observar cuando el conflicto no afecte al administrador personalmente, pero sí a una persona vinculada con él.

Finalmente, en tercer lugar, es significativa la regla que excluye de la obligación de abstención la participación del administrador en la deliberación y en la adopción de acuerdos que le afecten en su condición de tal. El administrador podrá votar en asuntos tales como su nombramiento o renovación o la revocación o renovación de los cargos que viniere desempeñando o para los que fuere propuesto en el seno del órgano de administración.



#### 4.2.4. La independencia de criterio

El artículo 228.d) LSC incorpora una novedad interesante al exigir que los administradores desempeñen su cargo bajo un criterio individual y libre. Probablemente ha sido el debate en torno al gobierno corporativo de grandes corporaciones el que de forma más intensa ha abonado la necesidad de subrayar algo que parece obvio. Puesto que el cargo de administrador es individual, la persona nombrada debe actuar conforme a lo que considere que es un comportamiento leal, y sobre todo, sin verse condicionada por cuáles puedan ser los intereses de otras personas con las que mantenga relación. Esta exigencia se advierte en las relaciones entre administradores y accionistas, por un lado, y entre administradores, por otro. El hecho de que, por ejemplo, un administrador tenga la condición de consejero dominical no dispensa la estricta observancia del deber de lealtad ni permite que el consejero actúe tomando en similar consideración el impacto que sus decisiones puedan tener sobre el interés de la sociedad y el del accionista o accionistas a los que representa. Un supuesto similar lo depara la posibilidad de que entre dos o más consejeros existan relaciones familiares, personales o de negocios, que no deben tampoco impedir a cada uno de ellos comportarse de acuerdo con lo que reclama el deber de lealtad.

Nada impide a un consejero conocer cómo afecta el ejercicio de sus funciones a los intereses de esas personas o de esos administradores o a intereses de terceros vinculados con ellos. La lealtad reclama, sin embargo, que a partir de ese conocimiento desempeñe esas funciones con la consideración prioritaria hacia el interés de la sociedad y sin verse en modo alguno vinculado por las instrucciones o cualesquiera otras pretensiones expresadas por terceros.

#### 4.2.5. Las situaciones de conflicto de interés

En la gestión de una sociedad de capital aparecerán situaciones en las que el interés de la sociedad puede entrar en conflicto con el interés social. Esta posibilidad afecta al deber de lealtad y para asegurar el fiel cumplimiento del mismo la legislación societaria viene estableciendo un amplio catálogo de previsiones que aparecen especialmente en la reforma de los artículos 228 a 230 LSC.

##### 4.2.5.1 Evitar conflictos como obligación básica

El artículo 228, e) LSC termina enunciando como una obligación básica de todo administrador leal la que consiste en adoptar las medidas necesarias para que no se den situaciones de conflicto de interés. Se trata de prevenir situaciones conflictivas entre, de un lado, el interés de la sociedad y, de otro, los intereses del administrador, ya sean por cuenta propia o ajena. Estamos ante una obligación básica porque el artículo 229 LSC se va a encargar de detallar el deber de abstención, que es una expresión particular del deber de lealtad consistente en evitar situaciones de conflicto de intereses.

Esa prevención que se reclama con carácter general por medio de medidas que deben evitar la situación de conflicto, compete no sólo al propio administrador, sino al

conjunto de los administradores, estén o no afectados por una concreta colisión entre sus intereses y los de la sociedad. Todo administrador puede advertir el riesgo de conflicto antes incluso de ser nombrado y por lo tanto, si acepta el nombramiento, adoptar ya en esa fase inicial las medidas que reclama el artículo 229, e) LSC. Las medidas imaginables son muchas y comienzan por la imprescindible transparencia del administrador hacia la sociedad, que puede verse completada con medidas de carácter definitivo u ocasional que eliminen la posibilidad de que lo que aparecía como un riesgo quede definitivamente descartado o pueda ser conjurado tan pronto como se manifieste. Lo primero sucede cuando el administrador adopta medidas de disposición patrimonial o dicta instrucciones que permiten concluir que no se va a suscitar conflicto alguno de intereses en tanto ocupe el cargo.

#### 4.2.5.2. El contenido objetivo del deber de abstención en relación con situaciones conflictivas

La lealtad de un administrador en situación de conflicto de interés comporta esencialmente un deber de abstención. Ésta es la solución general que diseña el artículo 229 LSC y que se traduce en una serie de previsiones particulares sobre las que se proyecta ese deber de no hacer. El deber de lealtad debe ser objeto de una aplicación preventiva por el administrador, destinada a evitar que las situaciones de conflicto de interés lleguen a plantearse. Para ello, el artículo 229.1 LSC establece una relación de situaciones en las que el administrador queda obligado a abstenerse de realizar determinadas conductas que allí se enuncian. Con carácter previo al examen de cada una de ellas debe advertirse que no estamos ante un *numerus clausus* de hipótesis en las que procede abstenerse sino ante una asunción por la norma de las categorías más notorias en las que surge ese deber que puede exigirse en situaciones análogas a las detalladas por el artículo 229.1 LSC, siempre que se advierta un conflicto entre el interés social y los del administrador.

1. El primer deber de abstención se proyecta sobre la posibilidad de que el administrador realice alguna “*transacción*” con la sociedad. Es obvio que el concepto de transacción es deliberadamente amplio y que comprende todo tipo de negocios jurídicos en los que las posiciones de la sociedad y del propio administrador se encuentren contrapuestas, ya sea por las prestaciones a que recíprocamente se obligan o por cualquier otra condición sustancial del negocio.

Este deber de abstención opera como una regla general a la que el apartado 229.1, a) LSC acompaña de una excepción. Quedan autorizadas las transacciones entre el administrador y la sociedad cuando éstas cumplan dos condiciones concurrentes. La primera, que sean operaciones ordinarias, lo que debe ser entendido como aquellas integradas en lo que es la actividad normal de la sociedad frente a terceros. Ese carácter ordinario se aprecia siempre que la transacción con el administrador se celebre bajo las mismas condiciones existentes para los clientes, identidad que subraya la norma al decir que esas deben de ser las “*condiciones estándar*”. La segunda condición de la que se hace depender la excepcional posibilidad de realizar operaciones entre la sociedad y

el administrador es que éstas tengan escasa relevancia, lo que parece apuntar a una condición patrimonial o material, como confirma que se diga que la escasa relevancia de las operaciones se da en todas aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. En definitiva, son esos criterios de inspiración contable los que permiten afirmar que la operación excepcional no va a dejar de ser ordinaria, porque no afecta a la situación patrimonial de la sociedad, no amenaza su situación financiera y tampoco provoca que los resultados de la sociedad se vean afectados por una pérdida derivada de esa transacción. Cuestión incierta es qué sucede cuando de la transacción resulte un beneficio relevante y material para la sociedad. Resultado positivo extraordinario que parece descartar que estemos ante una transacción ordinaria. Considerar prohibida esa transacción puede justificarse como forma de descartar, con carácter general y al margen de los resultados, la posibilidad de que los administradores realicen otras operaciones de esa dimensión con la sociedad.

2. También debe abstenerse el administrador de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de tal para influir en la realización de operaciones privadas. Nos encontramos ante una conducta clásica en cuanto a la prevención de los conflictos de interés por lo que implica desde el punto de vista de la afectación de la posición de la sociedad al ser utilizada por el administrador como una suerte de aval o respaldo reputacional para llevar a cabo operaciones entre él y terceros.
3. Los activos sociales no deben ser utilizados por el administrador en operaciones privadas. El concepto de activos sociales también es impreciso porque comprende todo tipo de bienes y derechos, materiales o no, lo que respalda el hecho de que se incluya expresamente por el artículo 229.1, c) LSC la prohibición de utilizar información confidencial de la compañía. Esta información ya no podría ser objeto de utilización por la propia formulación del deber de secreto como una expresión del deber de lealtad. Se trata de poner coto a situaciones relativamente frecuentes frente a los mercados, donde se analiza con especial atención, por ejemplo, el uso que puedan hacer los administradores de una sociedad cotizada en operaciones sobre valores de la propia sociedad de informaciones a las que hubieren accedido en función de su cargo.

En relación con el uso de otros activos, es relevante la determinación de las condiciones bajo las que el administrador debe desempeñar su cargo, dado que allí puede preverse la afectación de determinados activos precisamente para su normal y diligente desempeño. Esto no elimina el deber de abstención puesto que, como apunta la disposición legal, es inadmisibles su utilización en operaciones privadas. El término “*operación*” debe ser interpretado en un sentido amplio, no ya como referencia a contratos o negocios en los que se utilizan los activos, sino a cualquier tipo de supuesto en donde se usan sin conexión alguna con el cargo, las funciones y facultades del administrador. Un ejemplo repetido es el desvío de esa utilización al ámbito familiar del administrador. La previsión comentada apunta a los consejeros ejecutivos y

adopta perfiles aún más complejos cuando se plantean, como enseña la vida empresarial, en el seno de grupos de sociedades.

4. Deberá abstenerse también el administrador de obtener ventajas o remuneraciones de terceros [art. 229.1, e) LSC]. Nos encontramos ante una reacción legislativa frente al riesgo de que la proclamada independencia de criterio de un administrador se vea cuestionada por regalos o cualesquiera otro tipo de beneficios que pueda percibir el administrador de terceros, esto es, desde fuera de la sociedad pero por personas que de manera directa o indirecta pudieran tener interés por influir sobre los responsables de su gestión.

La práctica habitual de realizar regalos o de invitar a viajes, o cualesquiera otro tipo de servicios más o menos relevantes en beneficio de un administrador, queda prohibida. Al administrador compete el deber individual de rechazarla, sin perjuicio de que la sociedad pueda incorporar una previsión al respecto en sus normas de funcionamiento internas (estatutos o reglamentos del consejo) o externas (haciendo público ese criterio en la forma que considere oportuna). Como en otras concreciones del deber de abstención, esta regla encuentra una excepción: son lícitas las atenciones de mera cortesía que el administrador pueda percibir de terceros. El significado de esta excepción reclama una prudente interpretación, pues el alcance de un acto de cortesía puede variar en atención a la dimensión de una empresa, al cargo que se desempeña, a la importancia que la relación con el tercero tiene para la sociedad, etc. No es extraño que esa excepción se traduzca en el establecimiento de un límite cuantitativo, de forma que el deber de abstención surja a partir de la percepción de regalos, invitaciones o cualesquiera atenciones que excedan una suma.

5. El deber de abstenerse todo administrador a la hora de desarrollar una actividad competitiva con la sociedad es un deber clásico y de importancia determinante en la disciplina del deber de lealtad. Su acogimiento expreso se viene produciendo de manera inalterada en la legislación societaria y su relevancia práctica la evidencia de manera periódica la jurisprudencia.

Este principio clásico de nuestro Derecho de sociedades aparece de nuevo en el artículo 229.1, f) LSC al decir que deberá abstenerse todo administrador de desarrollar actividades que supongan una competencia efectiva con la sociedad. Aquí nos encontramos ante una regla que se ve obligada a hacer matices, dada la variedad de supuestos comprendidos en ella. En primer lugar, se dice que esa competencia efectiva puede ser actual o puede ser potencial, de manera que cualquiera de las dos situaciones justifica que se exija del administrador una abstención. En segundo lugar nos encontramos con que lo que persigue esta disposición es lo que ha venido en llamarse un conflicto estructural o permanente con los intereses de la sociedad. Es notorio que no hay mayor contraposición de intereses que aquella que implica que en el mercado en el que opera la sociedad se encuentra sometida a la competencia de su propio administrador. Por lo tanto a este último se le debe de exigir un completo deber de abstención. Desde cualquier punto de vista, la defensa del interés social que

reclama el deber de lealtad en su formulación básica aparece como incompatible con la presencia o participación del administrador en una relación de concurrencia con dicho interés.

#### 4.2.5.3. Las personas afectadas por el deber de abstención

Aunque estamos reiterando que los destinatarios de estas disposiciones son los administradores de una sociedad de capital, la Ley no ha podido dejar de establecer reglas que impidan el fácil trámite de burlar la norma mediante el hecho de que el administrador traslade las actividades que tiene prohibidas a terceros con él vinculados. Por eso el artículo 229.2 LSC dice que las previsiones que en materia de abstención se han formulado para el administrador también serán igualmente aplicables en todos los supuestos en los que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

El concepto de persona vinculada deber ser interpretado en el sentido más amplio posible, con vistas a dotar de efectividad a estas normas que estamos comentando y esto significa, por supuesto, que con respecto a las personas físicas la vinculación basada en relaciones de parentesco o de coincidencia en otros negocios, son criterios válidos, y que en el caso de las personas jurídicas también nos encontramos con que los habituales criterios de integración en un grupo o de cualquier otro tipo de relaciones intersocietarias resulten igualmente suficientes para exigir la aplicación del artículo 229.2 LSC.

#### 4.2.5.4. El deber de información sobre situaciones de conflicto

En general, en el Derecho de sociedades pocas disposiciones han revelado una eficacia tan considerable como las que tienen una finalidad informativa. La información sobre los más variados aspectos del funcionamiento de una sociedad se convierte en un instrumento previo y útil para poder prevenir comportamientos o para facilitar el ejercicio de determinados derechos por parte de los accionistas. En este caso, el deber informativo lo formula el artículo 229.3 LSC como una obligación que corresponde a los administradores. Un deber que se formula con amplitud en cuanto a las hipótesis en que debe de plantearse porque comienza diciendo aquél precepto que, “*en todo caso*” deberán los administradores comunicar a los otros administradores o, en su caso, al consejo de administración, cualquier situación de conflicto directo o indirecto que les pudiera afectar. Comunicación que, por supuesto, también es exigible cuando se trata de situaciones que afectan a las personas vinculadas con el administrador, en coherencia sistemática con lo establecido en el artículo 229.2 LSC. Debe comunicarse cualquier situación que implique un conflicto entre los intereses del administrador o de las personas vinculadas con él y el interés de la sociedad. La amplia cobertura que se pretende para este deber informativo se completa con la exigencia de que la notificación alcance toda situación de conflicto directo o indirecto.

Una situación singular comporta que el conflicto de intereses afecte al administrador único. En este caso, se impone que el deber de información se despliegue



frente a la junta general. Ha de tenerse en cuenta que esta información supone el cumplimiento por el administrador afectado de su deber de lealtad, pero que también fomenta el ejercicio diligente de sus funciones por los demás administradores o la supervisión por parte de la junta. Sólo quienes conocen que un administrador está afectado por una situación de conflicto de interés están en condiciones de reclamarle que se abstenga si no lo ha hecho *motu proprio*. En definitiva, la información por el administrador incentiva que otros administradores o la junta puedan custodiar o defender el interés de la sociedad de una manera particularmente eficaz.

Por último, la información se ve reforzada a través de las cuentas anuales puesto que termina el artículo 229.3 LSC requiriendo que toda situación de conflicto de interés que afecte a un administrador sea recogida en la memoria que, como sabemos, acompaña a las cuentas anuales.

#### 4.2.5.5. Imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad

Unas de las más significativas novedades que introduce la reforma del deber de lealtad está constituida por el artículo 230 LSC que ha pasado a titularse régimen de imperatividad y dispensa y que contiene dos pronunciamientos normativos fundamentales. El primero es la confirmación de que el régimen legal del deber de lealtad no es derecho dispositivo y que no puede verse sometido a una configuración estatutaria: el régimen aplicable a ese deber es imperativo. La misma disposición señala que también es imperativo el régimen legal aplicable a la responsabilidad del administrador que infringe dicho deber. Para que no quede ninguna duda de lo que significa ese carácter imperativo, el artículo 230.1 LSC concluye que las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias al deber de lealtad no serán válidas. Dicho de una manera más directa, el deber de lealtad tiene el contenido que la ley se encarga de definir. Tanto en lo que es el hacer al que queda obligado el administrador desde ese punto de vista, como las prohibiciones varias que hemos visto que caracterizan dicho régimen legal y que no pueden ser objeto de modificación por los estatutos sociales o, en el caso de las sociedades cotizadas, de los reglamentos que exigen las disposiciones correspondientes (v. arts. 528 y 529 LSC). Invalidez que también afectará a cualesquiera pactos parasociales que de alguna manera traten de esta cuestión.

Esa proclamación del carácter imperativo del deber de lealtad permite entender, en sentido opuesto, que no es imperativo el régimen legal aplicable a los otros deberes exigibles a los administradores y, en particular, al deber de diligencia. Quizás esta conclusión encuentre su fundamento en lo ya apuntado en el apartado correspondiente con respecto al contenido sumamente voluble que admite el deber de diligencia exigible a los administradores de sociedades de capital, tanto por la variedad de posiciones subjetivas en las que pueden estar situados los distintos administradores, como por la no menos inacabable cantidad de situaciones imaginables en donde la diligencia debe aplicarse a la gestión de este tipo de sociedades, que obliga a una formulación flexible del deber de diligencia. En todo caso, parece que lo que se está reconociendo por el artículo 230.1 LSC es que existen posibilidades para una delimitación estatutaria del deber de diligencia.

El segundo pronunciamiento destacable dentro del artículo 230 LSC matiza el significado de la imperatividad. A pesar de que se afirme la imperatividad de la delimitación legal del deber de lealtad y que se prohíba por vía estatutaria modificar su régimen legal, la propia Ley se encarga de aclarar que es posible que el administrador se vea dispensado de actuar conforme exige la norma de acuerdo con el procedimiento que ella misma establece y bajo ciertas condiciones. El artículo 230.2 LSC ha introducido una variedad de situaciones en las que cabe dispensar al administrador de las prohibiciones que hemos examinado con anterioridad. No obstante, la afirmación del carácter imperativo del régimen legal aplicable al deber de lealtad, cabe que el administrador se vea favorecido por la dispensa que deberá de otorgar la sociedad. Dado que la sociedad actúa a través de sus órganos sociales, se determina la competencia de los órganos sociales en función del contenido de la dispensa y del tipo de sociedad de que se trate.

La dispensa será siempre excepcional por ser especial, esto es, por referirse a casos singulares. Ha de descartarse la posibilidad de dispensas genéricas a favor de un determinado administrador, o proyectadas sobre operaciones, negocios o cualesquiera otros actos pertenecientes a una determinada categoría. El objeto de la dispensa es la observancia de cualquiera de las concretas prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 LSC. La concesión de la dispensa supone autorizar expresamente que el administrador pueda realizar una operación que está prohibida con carácter general. Beneficiario directo de la dispensa puede ser un administrador, pero puede serlo también una persona vinculada con él, afectada por la prohibición contemplada en artículo 229.2 LSC. La dispensa se puede referir a cualquiera de las hipótesis de abstención que vimos que establece el artículo 229.1 LSC, si bien su objeto hace que varíe la competencia para concederla.

#### 4.2.5.5.1. El procedimiento de autorización

La junta general aparece revestida como el órgano competente para acordar u otorgar la dispensa en cualquier supuesto. Hasta llegar a esa resolución, nada se dice sobre el procedimiento que debe seguirse. Parece coherente con el deber de comunicación que establece el artículo 229 LSC que el punto de partida sea la notificación por el administrador directa o indirectamente afectado por la situación de conflicto. A esa comunicación se acompañará la solicitud de autorización.

La tramitación de la solicitud comporta que si quien la recibió fue el órgano de administración, adopte las medidas consiguientes para que se pueda adoptar la decisión por el órgano que sea competente. Si lo es sólo la junta general, en su convocatoria deberá figurar el correspondiente punto del orden del día y adoptarse las medidas adecuadas para que los socios y accionistas dispongan de la información oportuna. La importancia del asunto reclama que la concesión de la dispensa figure expresamente mencionada en el orden del día y que deba votarse de forma separada (art. 197 bis.1 LSC). Esa transparencia en la decisión es acorde a la mejor defensa del interés de la sociedad, cuya afectación por la decisión es incuestionable si se parte de que estamos

ante una situación de conflicto de interés típico. La transparencia tutela a la sociedad y al propio beneficiario de la dispensa cuando ésta se conceda.

Si es el órgano de administración quien puede otorgar la dispensa, el procedimiento deberá adecuarse a los criterios ya señalados, partiendo de una adecuada información a los administradores que deben decidir.

#### 4.2.5.5.2. El órgano competente

No se formula con una sistemática precisa la competencia para decidir, en nombre y representación de la sociedad, si se otorga la dispensa al administrador o se deniega. El artículo 230.2 y 3 LSC enuncia varias reglas que distinguen atendiendo principalmente a cuál de las prohibiciones legales es el objeto de la solicitud de dispensa y al tipo, en supuestos más concretos, de sociedad de capital que se trate.

La junta general es el órgano competente en todo caso. Lo es, en primer lugar, porque se dice que la autorización vendrá a ser acordada por ella “*necesariamente*” en los casos que expresamente menciona el artículo 230.2, párrafo segundo LSC. Cuando en el siguiente párrafo se dice que la dispensa “*también*” podrá ser otorgada por el órgano de administración se está apuntando a una competencia concurrente con la de la junta. Ésta es la única competencia de las situaciones de dispensa necesaria que afectan a una sociedad limitada y, finalmente, también lo es cuando la dispensa se refiere a la obligación de administrador de no competir con la sociedad. La diversidad de supuestos y que en alguno de ellos estemos ante una competencia compartida con el órgano de administración explican que su otorgamiento no pudiera incluirse en el enunciado general de la competencia de la junta que recoge el artículo 160 LSC y que la entendemos amparada en la remisión que a la determinación legal realiza el apartado j) de aquella disposición.

El administrador que protagoniza la solicitud de dispensa y que es socio o accionista se ve afectado por la limitación que para el derecho de voto supone que se someta a la junta un asunto en que se encuentra en una situación de conflicto de intereses [v. art. 190.1, e) LSC]. La regulación de esa limitación de voto se remite de forma expresa al artículo 230 LSC, lo que determina que para la dispensa por cualquiera de las prohibiciones previstas en el artículo 229 LSC rige dicha privación del voto del administrador socio afectado. Estamos ante una limitación imperativa, que no precisa para su aplicación de una cobertura estatutaria adicional, como sucede con otros supuestos de voto por el socio en situaciones de conflicto de interés.

En las sociedades limitadas, la competencia de la junta general a la hora de dar una dispensa se exige con respecto a dos asuntos adicionales a los que enuncia el artículo 229 LSC. El primero es la prestación de cualquier asistencia financiera a favor del administrador. Prestación que, aclara el artículo 230.2, párrafo segundo LSC, alcanza la prestación de garantías personales por la sociedad o la constitución de garantías reales sobre bienes sociales. El segundo asunto en el que la junta general debe ser la que autorice la operación es el establecimiento de una relación de servicios o de obra entre el administrador y la sociedad.

Fuera de los casos precedentes, el órgano competente para otorgar la dispensa podrá ser el órgano de administración. En estos asuntos, la junta mantiene su competencia, aunque pasa a compartirla con el órgano de administración. Se formula una cautela normativa al decir que será el órgano de administración o el órgano competente siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que conceden esa dispensa. Una independencia que se refiere al propio administrador dispensado y en consecuencia que lleva a considerar que no sería competente el órgano de administración en la medida en que ello supusiera que participan en el otorgamiento de dicha dispensa personas vinculadas con el propio administrador por lazos familiares o de otra naturaleza.

Junto a ese requisito, la competencia del órgano de administración a la hora de conceder dispensas para operaciones que en principio estarían prohibidas, reclama que se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social. La inocuidad implica que la operación carezca de consecuencias dañinas o lesivas para dicho patrimonio. Cuando la operación no presenta esa condición inocua, el artículo 230.2 LSC establece como exigencia alternativa que la operación podrá ser autorizada en la medida en que se caracterice por la transparencia del proceso y además se realice en condiciones de mercado. Son dos condiciones que deberán de aplicarse a las particulares circunstancias propias de la operación objeto de autorización, puesto que el proceso en sí puede ser muy sencillo o por el contrario comportar una negociación y una ejecución considerablemente amplia que en todo momento deberá ser transparente frente a la sociedad, a través del consejo de administración.

En cuanto a la realización de la operación en condiciones de mercado, se trata de someter al administrador o a las personas vinculadas con él dentro de la operación autorizada a las mismas condiciones que presidan la celebración por la sociedad de esa clase de operaciones frente a terceros. El ejemplo más sencillo sigue siendo el del administrador de una entidad de crédito que solicita la concesión de un préstamo y que se autoriza por el consejo de administración, que conforme al artículo 230.2 LSC debería de pactarse bajo un tipo de interés y unas comisiones afines a las que la entidad aplica a cualquier otro cliente para ese tipo de operaciones. Condiciones de mercado iguales que no tienen por qué significar condiciones de mercado más severas para el administrador.

#### 4.2.5.5.2.3. La dispensa de la prohibición de no competir

Una regulación especial en materia de dispensa establece el artículo 230.3 LSC con respecto al que podríamos calificar como el supuesto paradigmático de conflicto de intereses como es el de la competencia con la sociedad por parte del administrador o de personas físicas o jurídicas con él vinculadas.

La regla inicial es que la obligación de no competir sólo puede ser objeto de dispensa cuando de la operación autorizada no pueda esperarse un daño para la sociedad. El daño admite aquí una interpretación amplia, tanto si es una pérdida como la no obtención de una potencial ganancia. Pero de manera excepcional, la dispensa puede incluso contemplar un daño inicial siempre que, conforme a la citada disposición,

resultara previsible que la sociedad viera compensado ese daño por los beneficios que se van a obtener si es autorizada la operación. Aquí nos encontramos con una hipótesis mucho más compleja y que obligará a los socios que pretendan votar a favor de la dispensa un examen particularmente cauto de la operación y de sus efectos beneficiosos futuros. La dispensa reclama un acuerdo expreso y separado que no podrá ser deducido de la adopción de otros acuerdos vinculados con la operación que se quiere llevar a cabo. Es evidente el interés normativo por asegurar, tanto en la redacción del orden del día de la junta como en su deliberación, que el acuerdo sobre esta materia tan delicada sea objeto de un tratamiento específico que facilite los derechos de información y de voto de los socios.

No cabe que este tipo de dispensas sea otorgado por el consejo de administración. La norma establece con claridad que en este asunto la dispensa es una competencia exclusiva de la junta general.

#### 4.2.5.5.4. El cese del administrador beneficiado por una dispensa

Remacha esta cuestión en un sentido distinto de lo que es propiamente el régimen de las dispensas la posibilidad que la Ley contempla para que se someta la junta general el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas frente a la sociedad. Se trata de un administrador que inicialmente se vio favorecido por el régimen de dispensa y que en la ejecución de la operación se advierte que el riesgo de perjuicio para la sociedad no solo ya es probable, sino que puede ser relevante. En este marco, el párrafo final del artículo 230.3 LSC autoriza a cualquier socio proponer a la junta general el cese del administrador.

Esta posibilidad supone una concreción del supuesto general de cese de los administradores, que no reclama constancia previa en el orden del día (art. 223 LSC) y del especial de cese de administradores con intereses contrapuestos a los de la sociedad (art. 224.2 LSC). Normas que dejan paso a una regla singular, la que comentamos, porque la dispensa de la junta general a la prohibición de competir descartaba su aplicación. Sucede, sin embargo, que la dispensa no debe ser entendida como una suerte de patente de corso, que vincula a la sociedad de manera irreversible. La competencia que fue autorizada, pero que aparece como un factor de riesgo, puede justificar que cualquier socio plantee el cese del administrador dispensado.

La propuesta de cese no es un derecho de minoría, sino una iniciativa al alcance de cualquiera de los socios. Es al socio proponente al que corresponde alegar y acreditar ese riesgo, es decir, no un daño efectivo, sino la posibilidad verosímil de que la sociedad sufra un perjuicio derivado de esa competencia. Concepto de perjuicio igualmente amplio y que contempla situaciones precisas (pérdida de contratos, de trabajadores, de clientes, etc.) y otras más indeterminadas, como las que apuntan a que la competencia con la sociedad autorizada a un administrador destacado ha sido cuestionada por los financiadores de la sociedad o por agencias *rating*. Son riesgos que, por regla general, presentan una más difícil acreditación. Prueba que, en todo caso, recae sobre el socio proponente.



La propuesta de cese no vincula a la junta general, órgano competente y libre para acogerla o rechazarla. Puede cuestionarse si el administrador cuyo cese se propone y que es socio o accionista, puede ejercer su derecho de voto en la adopción de ese acuerdo. En contra de ese ejercicio juega el artículo 190.1 e) LSC y su remisión al artículo 230 LSC. Al fin y al cabo, podrá decirse que seguimos en el ámbito de las dispensas de prohibiciones de no competir y el cese del administrador es uno de los supuestos vinculados con esa cuestión. Sin embargo, de forma determinante juega a favor del derecho de voto el artículo 190.3 LSC y el artículo 228 c) LSC que le autoriza votar como administrador acuerdos que le afecten en esa condición.

Es improbable que el cese derivado de la previsión que cierra el artículo 230 LSC se traduzca en la presentación simultánea o posterior de la acción de responsabilidad contra el administrador cesado. Adviértase, en primer término, que el cese se basa en una situación de riesgo de perjuicio, con lo que pueda suceder que falte el presupuesto del daño que reclaman la acción social e individual de responsabilidad. En segundo lugar, es difícil plantear esa acción a partir de un acto ilícito cuanto estamos ante operaciones potencialmente lesivas que han contado con la expresa aprobación por la sociedad a través del acuerdo correspondiente de la junta general o del órgano de administración. Esta objeción, sin embargo, puede verse debilitada cuando la comunicación a la sociedad para obtener la dispensa presentaba lagunas u omisiones susceptibles de considerar que el administrador fue desleal al formular aquello.

#### 4.2.6. Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte

En el artículo 239.1, párrafo segundo LSC, se reconoce a la minoría la posibilidad de un ejercicio directo de la acción social de responsabilidad cuando ésta se fundamente en la infracción por el administrador o administradores de su deber de lealtad. El carácter directo de esa legitimación lo remacha el mismo precepto cuando termina señalando que en este supuesto, la actuación de la minoría no va acompañada de la “*necesidad de someter la decisión a la junta general*”. Esta solución subraya la importancia que el deber de lealtad ha pasado a cobrar en la nueva regulación, de manera que su infracción permite a la minoría una iniciativa tan excepcional como la de demandar a los administradores en defensa del interés social. La revisión del deber de lealtad ha querido dotar de especial vigencia su observancia y de mayor rigor a su infracción. Ante ésta, someter la iniciativa de la minoría en defensa de la sociedad a una previa junta general que rechace el acuerdo a favor de exigir responsabilidad aparecía como un obstáculo a remover. De ahí que se establezca una legitimación especial directa en atención al motivo de la acción social que la minoría puede entablar en defensa de la sociedad.

La infracción del deber de lealtad aparece como una cuestión de hecho que podrá motivar una notable discrepancia en cuanto a su concurrencia. A pesar de ello, la pretensión normativa de fomentar el uso de la acción social de responsabilidad ha animado la legitimación de la minoría para actuar a partir de ese fundamento y para hacerlo de una forma directa. Esto significa una legitimación autónoma porque sólo corresponde a los socios minoritarios plantearse y decidir el ejercicio de esa acción. Cuando se dice que la acción social de responsabilidad por tal motivo no reclama la

decisión de la junta general, lo que se está descartando es que sea necesario siquiera solicitar su convocatoria o proponer una votación con el fin específico de que se deliberé y vote dicho acuerdo. Existe, como se aprecia fácilmente, una insólita habilitación a la minoría que permitirá, previsiblemente, que en no pocos casos el artículo 239.1, párrafo segundo LSC se convierta en la puerta para demandas escasamente fundamentadas.

No resuelve la Ley si esta excepcional vía directa basada en la alegación de que se ha producido una infracción del deber de lealtad está reservada sólo a aquellas demandas que se fundamenten exclusivamente en ese motivo o bastará con que la demanda incluya la infracción del deber de lealtad dentro de un catálogo más amplio de actos ilícitos para entender válidamente interpuesta esa demanda. De optarse por esta última solución, es igualmente previsible que en muchas demandas la infracción del citado deber de lealtad se convierta en una forma de poder plantear la acción social de responsabilidad sin pasar por la junta, aun cuando los hechos conviertan la lesión del deber de lealtad en una infracción residual o accesorio.

La acción social de responsabilidad puede plantearse no sólo con el objetivo que deriva del artículo 236.1 LSC, sino también con el propio de otras acciones acumulables a aquella. El citado precepto señala que los administradores responderán frente a la sociedad del daño causado, lo que ha llevado tradicionalmente a afirmar que el resultado de dicha acción cuando es estimada consistirá en la indemnización a favor del patrimonio de la sociedad. En relación con el deber de lealtad, el artículo 227.2 LSC dispone que su infracción determinará no sólo esa indemnización, sino también la devolución del enriquecimiento injusto que hubiere podido obtener el administrador. La beneficiaria de esta devolución también será la sociedad. Entablando la acción social la minoría en nombre de ésta, ha de entenderse que la legitimación excepcional que en materia de acción social plantea la infracción del deber de lealtad también comprende la facultad de la minoría para acumular la acción de enriquecimiento injusto a la acción principal e indemnizatoria. Ambas acciones pueden ser acumuladas por ser compatibles, por corresponderse ambas con un mismo interés (el de la sociedad que ejerce la minoría como titular de la relación jurídico-procesal) y por basarse en los mismos hechos (art. 71 LEC). Esa acumulación es, además, admisible por motivos procesales (art. 73 LEC).

## 5. CONCLUSIÓN

La Ley 31/2014 ha introducido un importante cambio en la LSC en todo lo relativo a los deberes de los administradores. Se ha procedido a una ordenación y reformulación de esos deberes cuyas notas más destacadas cabe resumir, con respecto al deber de diligencia, en el acogimiento legislativo de la protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgement rule*) y con relación al deber de lealtad, en la mejor tipificación de su contenido y determinación de las consecuencias de su infracción.